



**Burkhard Goßens**

## **Vergaberechtsreform tritt in Kraft - GWB 2009 - Wichtige Änderungen -**

Seit dem 24. April 2009 gilt ein wesentlich verändertes neues Vergaberecht.

Die Änderungen beim Vergabeverfahren betreffen sowohl die öffentlichen Auftraggeber als auch die Bieter.

Auch für die gesetzlichen Krankenversicherungen und Leistungserbringer der Gesundheitswirtschaft gelten "neue Spielregeln", die ab sofort beachtet werden müssen.

Nach jahrelangen Verhandlungen und einem komplexen parlamentarischen Beratungsverfahren hatte der Deutsche Bundestag am 17.12.2008 den Entwurf zur Modernisierung des Vergaberechts gebilligt. Am 13.02.2009 hatte der Bundesrat dem Gesetz zugestimmt. Das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsreform) wurde am 23. April 2009 im Bundesgesetzblatt (BGBl. I vom 23. April 2009, S. 790) verkündet worden und trat damit am Folgetag in Kraft.

<http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Gesetz/gesetz-zur-modernisierung-des-vergaberechts,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>

### **Weshalb ein neues Vergaberecht ?**

Mit dem Gesetz wurden mehrerer Vorschriften der EG-Vergaberichtlinien 2004/17/EG Sektorenkoordinierungsrichtlinie - SKR, 2004/18/EG Vergabekoordinierungsrichtlinie - VKR und der neuen Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG umgesetzt.

<http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/Wirtschaft/Wirtschaftspolitik/oeffentliche-auftraege,did=190884.html>

Die Umsetzung dieser Vorschriften bringt tiefgreifende Veränderungen für das Vergaberecht mit sich. Mit dem Reformgesetz wird das Vergaberecht umfassend modernisiert und erhält nach dem Willen des Gesetzgebers eine transparente mittelstandsfördernde Prägung. Die Neuerungen betreffen z. B. die Änderung von Verdingungsunterlagen, den Umgang mit Bietergemeinschaften oder die Erteilung von Unteraufträgen. Die zahlreichen Änderungen müssen ab sofort Auftraggeber und Auftragnehmer kennen und beachten.

### **Nachfolgend die wichtigsten Änderungen:**

#### **1. Mittelstandsförderung**

Gemäß § 97 Abs. 3 GWB besteht für öffentliche Auftraggeber die grundsätzliche Verpflichtung zu Vergabe von Fach- und Teillosen.

Eine Zusammenfassung von Losen darf nur in Ausnahmefällen vorgenommen werden.

Um den Mittelstand zu fördern müssen die öffentlichen Auftraggeber bereits bei den Verdingungsunterlagen das spätere Verfahren für Unteraufträge zwingend festlegen. Hier steht der Begriff ÖPP = ÖFFENTLICH PRIVATER PARTNERSCHAFTEN auch für die neue Mittelstandsförderung.

[http://de.wikipedia.org/wiki/Public\\_Private\\_Partnership](http://de.wikipedia.org/wiki/Public_Private_Partnership)

Der Arbeits- und Koordinierungsaufwand wird sich durch die neue Vergabepaxis deutlich erhöhen, zumal auch die notwendige Dokumentation sehr sorgfältig erfolgen muss. Begründungsmängel können im Nachprüfungsverfahren beanstandet werden und können somit zum Gegenstand von Schadensersatzprozessen werden.

#### **2. Einführung von Präqualifizierungsverfahren**

Das neue Vergaberecht sieht vor, dass öffentliche Auftraggeber ihre Aufträge nur an leistungsfähige, fachkundige und zuverlässige Auftragnehmer vergeben.

Die sorgfältige Prüfung dieser Kriterien wird für öffentliche Auftraggeber einen deutlichen Mehraufwand bedeuten.

Durch § 97 IVa GWB werden deshalb auch neue Präqualifizierungssysteme eingeführt um den Arbeitsalltag im gemeinsamen Umgang zu erleichtern.

Das Präqualifizierungsverfahren für Bauunternehmern, Lieferanten und Dienstleistungserbringern ist freiwillig. Jeder Bieter kann bei einer Vergabe auch seine Nachweise zur Eignung im Einzelfall belegen.

#### **Achtung:**

Mit der letzten Gesundheitsreform GKV-OrgWG wurde für die Vertragspartner der Krankenkassen § 126 SGB überarbeitet.

Ab dem 01. Juli 2010 müssen sich Vertragspartner der Krankenversicherungen zwingend einem Präqualifizierungsverfahren unterziehen.

Auch bisher (leistungsfähige, fachkundige und zuverlässige) zugelassene Leistungserbringer, die Vertragspartner der Krankenkassen werden (oder bleiben) wollen müssen sich dann, nach noch festzulegenden Regeln, präqualifizieren.

### **3. Vergaben im Sektorenbereich**

Gemäß § 101 VII GWB haben die Auftraggeber in den dort genannten Fällen das Recht zur freien Wahl des Vergabeverfahrens.

Bei den Sektorenbereichen gibt es keinen Unterschied mehr zwischen öffentlichen Auftraggebern gem. § 98 Nr. 2 GWB und anderen Auftraggebern gem. § 98 Nr. 4 GWB.

### **4. Elektronische Vergabeverfahren**

Gemäß § 101 VI GWB wird die elektronische Auktion eingeführt. Das wirtschaftlichste Angebot kann auch elektronisch ermittelt werden.

Erste Erfahrungen bestehen hier schon bei den gesetzlichen Krankenversicherungen (GKV), die in letzter Zeit die Angebote für Rabattverträge, bei den Arzneimitteln im Bereich der Generika, elektronisch ausgewertet hatten.

### **5. Vergabe von Bauaufträgen**

Interessant ist auch die Änderung in § 99 I S. 1 GWB, welche nun auch die Baukonzession erfasst.

In § 99 III GWB wird der "Baufauftragsbegriff" erläutert.

Unter Bauleistungen sind nur solche zu verstehen, die dem öffentlichen Auftraggeber unmittelbar zugute kommen.

#### **5a. Exkurs - zur aktuellen Diskussion bei den Auftragsvergaben der GKV-en**

Würde man diesem vorgenannten Auftrags - Begriff auch für die Auftragsvergaben der Krankenversicherungen im Bereich der Arznei- oder Hilfsmittel anwenden, könnte man erneut darüber diskutieren, ob oberhalb der Schwellenwerte überhaupt Ausschreibungen durch die Krankenkassen vorgenommen werden müssen, da die Arzneimittel und die Hilfsmittel den gesetzlich Versicherten zugute kommen und nicht unmittelbar den Krankenversicherungen.

Gemäß den Vorgaben des vorgenannten GKV-OrgWG entwickeln derzeit die Spitzenorganisationen der Leistungserbringer (bis zum 30. Juni 2009) gemeinsam mit dem Spitzenverband Bund eine Empfehlungsliste zur Zweckmäßigkeit von Ausschreibungen für die Krankenversicherungen, vgl. § 127 Abs .1a SGB V.

### **6. Stillhaltefrist und Vorabinformationspflichten**

Die Stillhaltefrist gem. der neuen Regelung in § 101 a GWB für die Zuschlagserteilung - bei Benachrichtigung per Brief - wurde von 14 auf 15 Kalendertage verlängert. Sie beträgt mindestens 10 Tage bei Nutzung der elektronischen Kommunikation oder des Telefaxes.

Bei besonders dringenden Vergaben ist der öffentliche Auftraggeber von der Stillhaltefrist befreit.

§ 101 a GWB übernimmt im Wesentlichen den Inhalt des weggefallenen § 13 VgV.

Weitere wichtige Änderungen betreffen die:

### **7. De - facto - Vergaben**

Verträge die ohne eine zwingende förmliche Ausschreibung zustande gekommen sind vergaberechtswidrig und werden als De - facto - Vergaben bezeichnet.

Nach der neuen Vorschrift § 101b GWB sind derartige Verträge zukünftig zunächst schwebend unwirksam und nicht mehr von Anfang an nichtig.

Die Unwirksamkeit des Vertrages kann nur noch festgestellt werden, wenn ein Wettbewerber im Nachprüfungsverfahren innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss die Unwirksamkeit geltend macht.

Hat der Auftraggeber die Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht, endet die Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit 30 Kalendertage nach Veröffentlichung der Bekanntmachung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union.

Mit dieser Regelung wird nach dem Ablauf der Fristen endgültige Rechtssicherheit für Unternehmen und öffentliche Auftraggeber geschaffen.

### **8. Rügepflichten werden deutlich verschärft**

Gemäß § 107 III GWB müssen alle Antragsteller zukünftig Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst bei Durchsicht der Vergabeunterlagen erkennbar sind, bis spätestens zum Ablauf der in der Bekanntmachung genannten Frist zur Angebotsabgabe rügen.

Gemäß § 107 III GWB haben die Rügenden spätestens nach 15 Kalendertagen nach Erhalt einer Rügezurückweisung einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer einzureichen. Die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens zu einem späteren Zeitpunkt ist ausgeschlossen. Alle Bieter haben sich zukünftig sehr frühzeitig damit auseinanderzusetzen, ob sie Rechtsschutz vor der Vergabekammer in Anspruch nehmen wollen. So wird es zukünftig auch Gewinner einer Ausschreibung geben, die anhängige Verfahren gegen die selbst gewonnene Ausschreibung führen.

Ausblick:

Durch die Gesetzesänderung entsteht nun ein großer Zeitdruck unter dem die Anbieter vermutlich noch mehr Rügen und Nachprüfungsverfahren, als früher, einleiten werden.

### **9. Einschränkung des Amtsermittlungsgrundsatz**

Gemäß § 10 GWB war bisher der Amtsermittlungsgrundsatz weit gefasst.

Dieser ist nun weggefallen.

Die Vergabekammern können sich zukünftig bei ihren Entscheidungen auf das Vorbringen beschränken, was von den Beteiligten dargelegt wurde, vgl. § 107 GWB.

### **10. Verfahrenskosten vor der Vergabekammer**

Nach der Abänderung von § 128 GWB beträgt die Höchstgebühr für die Durchführung eines Vergabeverfahrens 100.000 € (vorher 50.000 €).

Die Mindestgebühr von 2.500 € wurde beibehalten. §128 Abs. 3 GWB regelt jetzt, dass Kosten, die durch das Verschulden eines Beteiligten entstanden, diesem auferlegt werden können. Früher musste immer der Unterlegene ausnahmslos die Kosten tragen. Auch zukünftig ist jedoch damit zu rechnen, dass der Unterlegene in der Regel die Kosten trägt. Eine weitere wesentliche Änderung erfolgt im abgeänderten § 128 Abs. 4 GWB. Bei Rücknahme des Nachprüfungsantrages hat der Antragsteller nun auch die Kosten des öffentlichen Auftraggebers und der eventuell Beigeladenen zu zahlen. Diese Kostenregelung gab es bisher nicht.

### **11. Neue Regeln für die Zuschlagserteilung**

Auch vergabefremde Kriterien können beim Zuschlag berücksichtigt werden. Bei diesen neuen Kriterien handelt es sich um

- soziale
- umweltbezogene oder
- innovative Aspekte

**Ausblick**

#### **Pressemitteilung des Bundesministerium für Arbeit und Soziales**

Das vorgenannte Ministerium gibt in Pressemeldung bekannt: "Nicht allein der Preis wird in Zukunft bei der Vergabe öffentlicher Aufträge ausschlaggebend sein, sondern auch der Nachweis, dass sich ein Unternehmen für die Gesellschaft und ein nachhaltiges Wirtschaften einsetzt."...mehr <http://www.bmas.de/portal/32974/>



Burkhard Goßens  
- Rechtsanwälte -  
Ahornallee 10 - 14050 Berlin  
Tel. 030 / 30 61 41 42  
<http://www.gossens.de/>

Der Autor ist bundesweit tätiger Anwalt für Gesundheitsrecht

Der vorgenannte Beitrag dient der allgemeinen Information und wurde nach bestem Wissen erstellt. Er kann eine individuelle Beratung nicht ersetzen! Er stellt keine rechtliche Beratung dar. Eine Haftung aufgrund der hier gegebenen allgemeinen Hinweise ist ausgeschlossen. Diese wird nur bei individueller Beratung übernommen. Vervielfältigung und Verbreitung nur mit schriftlicher Genehmigung von Burkhard Goßens, Rechtsanwälte Berlin, Ahornallee 10, 14050 Berlin.

**Weitere Fachartikel zum Gesundheitsrecht:**

<https://www.anwalt24.de/rechtsanwalt/burkhard-gossens-14402/blog/15>